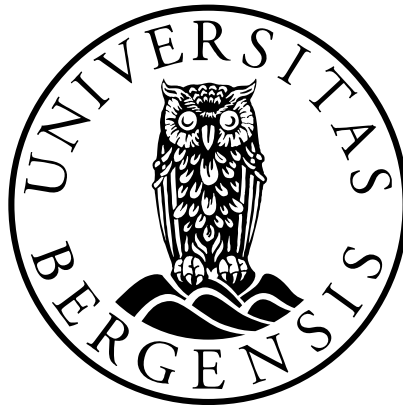


Hjemmelen for å bruke varslings- og lokaliseringsteknologi som helsehjelp til mennesker med en demensdiagnose

En drøfting av reguleringene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A og § 4-6 a.

Kandidatnummer: 93

Antall ord: 10 750



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING:	5
1.1 Den rettslige problemstilling	5
1.2 Problemstillingens aktualitet:	6
2. AVKLARING AV SENTRALE BEGREP I OPPGAVEN	7
2.1 Demens	7
2.2 Pasient/bruker	7
2.3 Helsehjelp	8
3 METODISKE UTFORDRINGER	8
4 BAKGRUNN FOR DEN JURIDISKE DRØFTINGEN	10
4.1 Oversikt over noen teknologiske innretninger	10
4.2 Digitalt tilsyn	10
4.3 Global Positioning System (GPS)	11
4.4 Elektronisk medisineringsstøtte	11
4.5 Veien videre	11
5 HVILKE TYPER INNRETNINGER HAR HJEMMEL ETTER REGELSETTENE?	11
5.1 Regelsettenes virkeområde	11
5.2 Ordlyd	12
5.2.1 Varsling	12
5.2.2 Lokalisering	12
5.2.3 Varsling og lokalisering	12
5.3 Hva er det ikke lovmessig adgang til?	12
5.3.1 Forbudet etter begge regelsett	12
5.3.2 Skissering av grensetilfeller	13
6 DET SÆREGNE FOR DENNE PROBLEMSTILLING - HENSYN, PRINSIPPER OG VERDIER	14
6.1 Oversikt	14
6.2 Nye typer inngrep	14
6.3 Ny type tvang	14
6.4 Selvbestemmelsesrett (autonomi)	15
6.5 Velferdspaternalisme	16
6.6 Særlig om hensynet til bevegelsesfrihet	16
6.7 Særlig om retten til privatliv	17
6.8 Personvern	18

7	EN DRØFTING AV REGULERINGENE I PASIENT- OG BRUKERRETTIGHETSLOVEN KAPITTEL 4A OG § 4-6 a	20
7.1	Oversikt og juridiske problemstillinger.....	20
7.2	Kort om samtykkekompetanse	20
7.3	Hva utgjør motstand etter de to regelsettene?	21
7.3.1	Regelsettene sitt motstandskriterium	21
7.3.2	Hva er motstand	21
7.3.3	Hvordan kommer motstanden til uttrykk?	22
7.3.4	Hva er «motstand» i en situasjon der personen har en demensdiagnose?.....	22
7.4	I hvilken situasjon kan tiltakene iverksettes?	23
7.4.1	Skade og helseskade.....	23
7.4.2	«Hindre eller begrense risiko for skade» vs. «Hindre vesentlig helseskade»	24
7.5	Hvilke krav stilles til tiltakets innhold?	25
7.5.1	Oversikt	25
7.5.2	Tiltaket må være nødvendig	25
7.5.3	Minste inngreps prinsipp	25
7.5.4	Kravet til forholdsmessighet	28
7.6	Funn og delkonklusjon	30
8.	RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER OG AVSLUTTENDE REFLEKSJONER	30
	LITTERATURLISTE	33

1. INNLEDNING:

1.1 Den rettslige problemstilling

Oppgavens rettslige problemstilling er å drøfte adgangen til bruk av varslings- og lokaliseringsteknologi som helsehjelp. Det er to ulike regelsett som styrer denne adgangen, reglene i kapittel 4A og bestemmelsen § 4-6 a i pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl).¹ Oppgaven vil behandle begge regelsett.

Utgangspunktet for å gi helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven er at pasientens samtykke foreligger, jf. § 4-1 første ledd. Likevel åpner kapittel 4A og § 4-6 a for at helsehjelp kan gis når samtykke ikke foreligger, på grunn av pasientens manglende samtykkekompetanse. Den manglende samtykkekompetansen kan være en følge av diagnosen demens. Fokuset for oppgaven vil ligge her, og forutsetningen gjennom hele oppgaven vil være fravær av samtykkekompetanse som følge av denne diagnosen. Oppgaven avgrenses mot andre årsaker til manglende samtykkekompetanse, slik som psykisk utviklingshemming (jf. pbrl. § 4-3, 2.ledd).

Det avgjørende kriterium for hvilket av de to regelsettene som kommer til bruk er hvorvidt pasienten gjør *motstand* mot tiltaket, eller ikke. Dersom personen motsetter seg helsehjelpen, kan teknologibruk ikke hjemles i pbrl. § 4-6 a, men hjemles da i «særlige bestemmelser», jf. § 4-6. Kapittel 4A er en slik særlig bestemmelse, og strengere vilkår må være innfridd fordi det her er tale om tvangsbruk. Helsehjelpen kan altså være lovlig selv om personen yter motstand. Oppgaven vil redegjøre for hva denne motstanden er og består av, særlig i relasjon til en demensdiagnose.

Teknologibruk i helsesektoren har flere positive sider, og er blitt tatt varmt imot politisk. Ulike pilotprosjekt rapporterer om at bruk av teknologien gir eldre mer frihet, og bruken av tvang blir redusert.² Jeg vil i denne oppgaven drøfte om og i hvilken grad bruk av varslings- og lokaliseringsteknologi kan være et mer skånsomt alternativ til bruk av tvang, og hvordan den kan bedre bevegelsesfriheten.

For å svare på den rettslige problemstillingen skal jeg først skildre ulike typer av varslings- og lokaliseringsteknologi som har hjemmel etter de to regelsettene, og videre belyse noen problematiske grensetilfeller. I hoveddelen skal det vurderes hvor inngripende de tekniske innretninger er i ulike typetilfeller. Dette er relevant for den rettslige vurderingen, og særlig spørsmålet om tiltaket er *forholdsmessig*. På grunn av at regelsettene langt på vei er formulert med lignende vilkår, vil en sammenlignende framstilling bli presentert. Der reglene er forskjellig, vil dette tydeliggjøres.

Oppgaven vil ta utgangspunkt både i de tilfellene der brukerne bor hjemme, der brukerne er delvis tatt hånd om av det offentlige (for eksempel i omsorgsbolig), eller der brukerne har

¹ Lov 2. juli 1999, nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter

² Sintef, Trygge Spor, s. 51

flyttet på institusjon. Ulike hensyn og vurderinger vil kunne gjøre seg gjeldende i de ulike situasjonene.

1.2 Problemstillingens aktualitet:

I Norge har ca. 70 000 personer diagnosen demens.³ Tallet vil trolig øke betydelig de neste tiårene, og det er estimert at vi kan forvente å ha en befolkning der 100 000 har diagnosen demens i løpet av de neste 20 år.⁴ I Norge opplever vi en økning i andelen av befolkningen som er over 80 år, og en stadig økende levealder.⁵ Omsorgsbehovet og omsorgstjenesten må derfor endre seg med denne takten; folk lever lenger. Dette har to sider ved seg som oppgaven vil behandle:

1. Andelen eldre øker: Omsorgstjenesten må drives mer effektivt for å dekke omsorgsbehovet. Dette krever en omorganisering av deler av helsetjenesten, slik at det blir nok ansatte og nok arbeidskraft til å mestre oppgavene innen helsesektoren.
2. Andelen eldre med demensdiagnose øker: En særskilt hjelpeplikt gjør seg gjeldende fra samfunnets side ovenfor de som får demensdiagnosen. Dilemmaet er å ivareta deres bevegelsesfrihet og personlig frihet, og samtidig yte en forsvarlig hjelpeplikt.

Teknologibruk, herunder velferdsteknologi, er blitt pekt ut som en viktig strategi for å finne gode løsninger for de ovennevnte utfordringer. Ordet «velferdsteknologi» er av dansk opprinnelse. Det er ikke et entydig begrep, og forklares som brukerorienterte teknologier som assisterer brukerne med offentlige eller private velferdsytelser. Velferdsteknologi er teknologisk understøtting og forsterking av spesielt trygghet, sikkerhet, daglige gjøremål og mobilitet i den daglige ferden i og utenfor boligen.⁶

Teknologibruken muliggjør at flere kan bo hjemme lenger. Dette tjener samfunnet penger på. Det er et uttalt faglig og politisk mål at velferdsteknologi skal være en integrert del av helse- og omsorgstjenesten innen 2020.⁷ Nasjonalt velferdsteknologiprogram ble etablert i 2014 av Regjeringen. Helsedirektoratet fikk opprinnelig ansvaret for gjennomføringen av dette, men

³ <http://tidsskriftet.no/2014/02/kommentar-og-debatt/hvor-mange-har-demens-i-norge>

⁴ Inger Hilde Nordhus, Arvid Skjerve & Henriette Sinding Aasen, 2006. Demens, samtykkekompetanse og rett til selvbestemmelse – utfordringer ved behandling og forskning. *Nordic Journal of Human Rights*, (04), pp.362–371 (punkt B)

⁵ Jørn Isaksen et al., 2017. Hvilken nytte har hjemmeboende med hjelpebehov av velferdsteknologi? *Tidsskrift for omsorgsforskning*, (02), pp.117–127 (punkt 1)

⁶ Helsedirektoratet: Velferdsteknologi, Fagrapport om implementering av velferdsteknologi i de kommunale helse- og omsorgstjenestene 2013-2030, s. 14, løst gjengitt og oversatt fra dansk

⁷ Velferdsteknologiens ABC, s. 5

ansvaret ble flyttet til Direktoratet for e-helse fra 2016.⁸ Temaet er av politisk betydning, og vi står ovenfor en satsing, en ny måte å tenke eldreomsorg på.

«Teknologi kan noen ganger være varmere enn de varme hendene», uttalte helseminister Bent Høie under Helseteknologikonferansen som fant sted i Oslo mai 2018. Høie trekker fram hvordan teknologien både kan spille en avgjørende rolle i å redde velferdsstaten, og samtidig realisere et mer menneskelig helsevesen.⁹

Feltet velferdsteknologi er relativt nytt, og det er flere aspekter ved teknologibruken som ikke er avklart godt nok enda. Lovforarbeider og proposisjoner er ikke utførlige hva gjelder privatlivet og personvernet til eldre som tar i bruk teknologien. Spørsmål rundt teknologibruken har ikke vært oppe for domstolene. Oppgaven vil søke å bidra på dette feltet.

2. AVKLARING AV SENTRALE BEGREP I OPPGAVEN

2.1 Demens

Demens er definert som «en fellesbetegnelse på organiske sykdommer i hjernen som fører til en generell intellektuell svikt, glemsomhet, desorientering og sviktende dømmekraft».

Typiske symptomer er redusert hukommelse, og redusert tidsorienteringsevne, stedsorienteringsevne, oppmerksomhetsevne og forståelsesevne. Noen kan også ha problemer med verbal kommunikasjon, og ha dårlig romorienteringsevne.¹⁰

Demens er et syndrom forårsaket av ulike hjernesykdommer. Personer med demensdiagnose preges av ulik grad av kognitiv svekkelse. Dette kan gå utover evnen til å oppfatte og forstå informasjon, og å foreta konsekvensvurderinger.¹¹ Evnen til å ivareta seg selv forringes.

2.2 Pasient/bruker

En *pasient* er definert i pbrl. § 1-3 bokstav a som er person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om «helsehjelp», eller som helsetjenesten «tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle». En *bruker* er etter pbrl. § 1-3 bokstav f definert som en person som anmoder eller mottar tjenester som ikke er helsehjelp. Loven gjelder for personer som er på institusjon, som bor i omsorgsbolig og som bor hjemme og mottar hjelp. Gjennom oppgaven vil ordet *pasient* bli brukt for å beskrive personen med demensdiagnose som mottar

⁸ Velferdsteknologiens ABC, s. 30

⁹ <https://www.dn.no/nyheter/2018/05/30/1201/Helse/hoie-om-helseteknologi-kan-vaere-varmere-enn-varme-hender>

¹⁰ <https://sml.snl.no/demens>

¹¹ Inger Hilde Nordhus, Arvid Skjerve & Henriette Sinding Aasen, 2006. Demens, samtykkekompetanse og rett til selvbestemmelse – utfordringer ved behandling og forskning. Nordic Journal of Human Rights, (04), pp.362–371, punkt A.

helsehjelp. Ordet *bruker* blir primært brukt for å beskrive hvordan pasienten tar i bruk teknologien som inngår som helsehjelp.

2.3 Helsehjelp

Helsehjelp er definert i pbrl. § 1-3 bokstav c som «handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell». Dette dekker store deler av spekteret for hva helsevesenet kan yte borgerne i en velferdsstat. I oppgaven har begrepet relevans der teknologien inngår som helsehjelp, enten som alternativ eller supplement til annen helsehjelp.

3 METODISKE UTFORDRINGER

Problemstillingen om lovmessig adgang til bruk av teknologi som helsehjelp hører til under rettsområdet forvaltningsrett, herunder helserett. På dette området står legalitetsprinsippet sterkt, og den primære rettskilden er loven. Legalitetsprinsippet var tidligere et ulovfestet prinsipp som gjaldt med grunnlovs rang på forvaltningsrettens område. Nå er det grunnlovsfestet i GrL. § 113 som slår fast at «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Dette skal forhindre maktmisbruk og fremme forutsigbarhet for borgerne, og er et rettsstatlig prinsipp.¹²

Hva så med situasjoner der lov ikke strekker til, eller gir en dårlig løsning? Er det rom for reelle hensyn på et rettsområde der legalitetsprinsippet står så sterkt?

I hvilken grad legalitetsprinsippet kan nyanseres, er ikke helt klart innen helserettens område. I RT-2010-612 («Sårstell-dommen») viker Høyesterett fra lov, og hjemler tvangsbruk mot en pasient delvis i ulovfestet vilkårlære. Avgjørelsen kan tas til inntekt for at Høyesterett kan være tilbøyelig til å finne andre rettskilder enn lov for å lande på et praktisk gjennomførlig resultat. Dommen er omstridt, omdiskutert og kritisert i teorien. Bjørn Henning Østenstad holder fram at dommen neppe har særlig betydning for oppfatningen av legalitetsprinsippet sin styrke på helserettens område.¹³ Det ble også fremholdt av mindretallsvotumet i dommen at legalitetsprinsippet står sterkt selv når det fører til vanskelige, kanskje til og med uholdbare, konsekvenser.¹⁴

Lovhjemmelen for bruk av varslings- og lokaliseringsteknologi utenfor tvangstilfellene er pbrl. § 4-6 a. Dette er en relativt ny bestemmelse fra 01.09.2013. Kapittel 4A er hjemmelen

¹² Aslak Syse, 2016. Tvungent psykisk helsevern – enkelte kommentarer. Kritisk juss, (04), pp.278–300, punkt 4.

¹³ Østenstad, B.H., 2014. Sårstelldommen (Rt.2010 s. 612) - prejudikat for kva? *Lov og rett*, 53(8), pp.484–501, punkt 6.

¹⁴ På side 55 i dommen fremgår det at tvang mot mennesker på institusjon må ha tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag

for teknologibruk der personen motsetter seg tiltaket. Dette er også en relativt ny regulering; i 2006 ble det vedtatt nytt pbrl. kap 4A som åpner for tvang for å sikre somatisk helsehjelp til personer uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen.¹⁵ Det at bestemmelsene er relativt nye kan ha betydning for det øvrige rettskildet bildet.

Det foreligger per dags dato ikke rettspraksis som kan være veiledende for oppgavens tema. Dette er en metodisk utfordring. Mangelen på praksis kan skyldes at bestemmelsene er av nyere dato. En mer generell observasjon er at eldre mennesker utgjør en sårbar gruppe i rettssystemet, og har vansker med å gjøre sine rettigheter gjeldende, og følgelig er relativt underrepresentert.

Videre er lovens forarbeider av nyere dato (Prop. 90 L er fra 2012-2013, Ot.prp. nr. 64 er fra 2004-2005 og NOU-en er fra 2011). Følgelig må de regnes som oppdaterte, og dette taler for at de har betydelig vekt. Videre er forarbeidene utførlige når det gjelder teknologiens formål. De behandler ikke like inngående hensynet til privatliv og personvern. En utfordring gjennom oppgaven er å være ukjent med hva lovgiver og Høyesterett vektet tyngst av motstridende hensyn når problemstillingen kommer på spissen.

Rettskildemessig foreligger det altså nye lovbestemmelser, delvis grundige forarbeider, men ingen rettledende praksis. Legalitetsprinsippet må presumeres å stå sterkt. På grunn av dette vil ordlyd stå sentralt i oppgaven. For de spørsmål som ordlyd og forarbeider ikke besvarer klart, vil reelle hensyn måtte supplere bildet. Hvilke reelle hensyn gjør seg så gjeldende for denne problemstillingen?

På den ene siden står selvbestemmelsesretten, retten til privatliv, respekt for personens vurderinger, og fysisk og psykisk integritet. Disse vil ofte stå sterkt i vernet av pasienten. På andre siden, sett fra vinkelen til den som yter hjelpen, står hensynet til å beskytte mot skade, gjøre det gode og å sikre en effektiv ressursutnytting.¹⁶ Hvordan hensynene vektet vil fremgå nærmere i oppgavens hoveddel.

Det finnes flere forskningsbaserte rapporter fra pilotprosjekt med velferdsteknologi som er viktige for oppgaven. Disse har ingen juridisk vekt, men kan bidra til å få overblikk over teknologien og de utfordringer denne skaper, og skissere opp momenter av relevans for forholdsmessighetsvurderingen. Av særlig relevans er *Trygge Spor* (Sintef),

¹⁵ Aslak Syse, 2016. Tvungent psykisk helsevern – enkelte kommentarer. Kritisk juss, (04), pp.278–300, punkt 3.

¹⁶ Hensynene er hentet fra Aslak Syse og Tore Nilstun: «Ulike regler – lik lovforståelse?», gjengitt i Syse: «Tvungent psykisk helsevern- enkelte kommentarer», punkt 2

Velferdsteknologiens ABC (Helsedirektoratet), og *Andre gevinstrealiseringsrapport med anbefalinger* – Nasjonalt velferdsteknologiprogram (Helsedirektoratet).

4 BAKGRUNN FOR DEN JURIDISKE DRØFTINGEN

4.1 Oversikt over noen teknologiske innretninger

Under følger en oversikt over noen utvalgte tekniske innretninger for varsling og lokalisering. Utvelgelsen av tekniske innretninger begrenses til teknologien som er mest vanlig, basert på rapportene og samtaler med kommunalt ansatte.¹⁷

4.2 Digitalt tilsyn

En kategori er digitalt tilsyn, som også blir omtalt som sensorteknologi eller passiv varsling. *Passiv varsling* fungerer slik at man har sensorer som utløser varsler ved passering, bevegelse, fravær fra seng eller lignende.¹⁸ Bevegelsessensorer, fallsensorer, komfyrvakt, gulvsensor og sengematter/sensorlaken er eksempler på slik sensorteknologi.¹⁹ I sin videste utstrekning kan sensorteknologi muliggjøre et sanntidsbilde av brukeren.²⁰

En forutsetning for passiv varsling er oppgraderte pasientvarslingssystem. Grunntanken er at teknologien varsler for brukeren. Et eksempel er komfyrvakten, som «sier ifra» når brukeren har glemt å skru av kokeplatene. Passiv varsling skal være et alternativ til den aktive varslingen, som brukeren utløser selv. Den passive varslingen kan være godt egnet for personer med demensdiagnose, da disse kan glemme eller ikke forstå hensikten med de aktive varslingssystemene.

Et eksempel på sensorteknologi er fallalarmen *RoomMate*, som har som formål å registrere fall. Sensoren er montert i veggen på brukerens rom. Dersom pasienten faller, går varselet til ansatte enten som sms eller på mail. *RoomMate* inkluderer en infrarødt lys-basert dybdesensor som generer tre typer bilder til responstjenesten. Her analyseres bildene av en datamaskin som danner grunnlaget for anonym datagrafikk som kan brukes til fjernovervåking av brukeren.²¹

RoomMate generer tre typer bilder til responstjenesten. Det ene alternativet er et helt klart bilde, det neste er noe mer utydelig, men personen er fremdeles gjenkjennelig. Tredje alternativ er et infrarødt bilde, der personen er markert blått mot en gul bakgrunn. Personalet

¹⁷ I Bergen kommune og Fjell kommune

¹⁸ Andre gevinstrealiseringsrapport, s. 6

¹⁹ Telenorobjects.com

²⁰ Velferdsteknologiens ABC, s. 28

²¹ <https://www.roommate.no/produkter/>

velger selv hvilket bildealternativ de kan se. Personalet kan når som helst logge på responstjenesten og få frem de tre bildealternativene.

4.3 Global Positioning System (GPS)

GPS muliggjør at man kan identifisere bæreren av GPS-enheten ved behov. Når alarmknappen aktiveres sendes GPS-enheten sin lokasjon til et forhåndsdefinert telefonnummer på sms. Enheten har også en lyttefunksjon i form av en innebygget mikrofon. Det forhåndslagrede nummeret kan ringe opp enheten og lytte til hva personen sier eller hva som skjer uten at brukeren aktivt trenger å svare på oppringingen. Man kan også ringe opp og få toveiskommunikasjon uten at brukeren trenger å svare.²²

En undervariant av GPS er et *geofence* (et GPS-gjerde), som fungerer som en sonevarsler.²³ Denne varsler når personen går inn og ut av et område, og dette varselet går også til et forhåndsinnstilt mobilnummer. Det virtuelle gjerdet kan ha en radius på eksempelvis 1 km, eller være satt opp rundt personens bolig.

4.4 Elektronisk medisineringsstøtte

Elektronisk medisineringsstøtte innebærer bruk av elektroniske medisindispensere som varsler via lys og lyd etter forhåndsinnstilte tidspunkt når medisinen skal tas.²⁴ Personalet blir varslet dersom pasienten ikke tar dosen sin til gitt tid.

4.5 Veien videre

I det følgende skal oppgaven trekke grensen for virkeområdet til regelsettene, og skissere opp enkelte grensesoner. I oppgavens hoveddel, punkt 7, vil det trekkes grenser for bruken av teknologien som faller innenfor regelsettene sitt virkefelt. Denne «innsirklingen» i oppgavens hoveddel gjøres på bakgrunn av vurderinger av hvilke tiltak som kan være for inngripende eller uforholdsmessige.

5 HVILKE TYPER INNRETNINGER HAR HJEMMEL ETTER REGELSETTENE?

5.1 Regelsettenes virkeområde

Ordlyden i de to reglene er formulert noe ulikt. I § 4-6 a er ordlyden «tekniske innretninger for varsling og lokalisering», og i § 4A-4 er den «varslings- og lokaliseringssystemer med tekniske innretninger». En tolkning av ordlydene tilsier at det må være samme meningsinnhold som legges til grunn i begge bestemmelsene. Som et utgangspunkt kan det

²² Trygge Spor, s. 10

²³ Trygge spor, s. 42

²⁴ Andre gevinstrealiseringsrapport, s. 9

dermed slås fast at bestemmelsene åpner for de samme tekniske innretningene, men dette vil måtte nyanseres av de andre kildene utover i oppgaven. Først må det klarlegges hva som ligger i reglenes ordlyd.

5.2 Ordlyd

5.2.1 Varsling

Av ordlyden fremgår det at den tekniske innretningen skal varsle. Ordlyden er isolert sett taus om hvem varselet skal gå til, eller hva det skal inneholde. Av forarbeidene fremgår det at et varslingssystem i denne sammenheng er en innretning for å varsle helsepersonell og eventuelt også pasienten om at en situasjon av en eller annen grunn er endret slik at det kan foreligge et behov for omsorg.²⁵ Teknologi som faller inn under «varsling» er bevegelsessensorer, fallsensorer, gulv- og sengesensorer, elektronisk medisineringsstøtte og komfyrvakten.

5.2.2 Lokalisering

Av ordlyden fremgår det at den tekniske innretningen skal lokalisere brukeren (jf. «pasient eller bruker»), men ordlyden er taus om lokaliseringen skal være begrenset til et gitt tidspunkt, eller være kontinuerlig. Videre er ikke ordlyden klar på om loven åpner opp for lokalisering når brukeren er i ro eller i bevegelse. Følgelig ligger det et tolkningsrom her som må suppleres av andre kilder for å gi bestemmelsen sitt fullstendige meningsinnhold.

Det fremgår av forarbeidene at et annet ord for lokaliseringsteknologi er sporingsteknologi.²⁶ Lovgiver har valgt «lokalisering», men innholdsmessig er lokalisering det samme som sporing. Teknologi som faller inn under lokalisering er GPS og *geofence*.

5.2.3 Varsling og lokalisering

Enkelte av de tekniske innretningene vil falle inn under både ordlyden varsling og lokalisering. Dette gjelder for den teknologien som både sender et varsel om en oppstått situasjon (for eksempel et fall) og posisjonen til den som har falt. Et eksempel er GPS-gjerdet som varsler, og synliggjør koordinatene som trigger varselet. Et annet eksempel er fallsensoren som varsler *om* fallet, og *hvor* brukeren har falt.

5.3 Hva er det ikke lovmessig adgang til?

5.3.1 Forbudet etter begge regelsett

Det er etter loven ikke hjemmel for bruk av ikke-medisinsk overvåkingsutstyr med lyd og bilde. Det er derfor ikke lovmessig adgang til kontinuerlig observasjon eller overvåking. Eksempel på dette vil være kameraovervåking eller overvåking ved hjelp av mikrofoner.

²⁵ [Ot.prp.nr. 64 \(2004-2005\)](#), gjengitt i Prop. 90 L (2012-2013), punkt 3.1

²⁶ Prop. 90 L (2012-2013), punkt 3.1

Dette forbudet fremgår av både forarbeidene til kapittel 4A,²⁷ og § 4-6,²⁸ og må følgelig gjelde i begge tilfeller, og uavhengig av om personen yter motstand eller ikke.

Begrunnelsen for forbudet fremgår av forarbeidene. Her fremheves det at kontinuerlig overvåking eller observasjon ved hjelp av lyd og bilde anses som å være *for inngripende* og bryter mot integritetsvernet og retten til privatliv. Slik overvåking vil også kunne utfordre den enkeltes personvern. Faren for misbruk av informasjonen er vurdert som stor.²⁹

5.3.2 Skissering av grensetilfeller

Det er den teknologien som balanserer på kniveggen av hjemmelen som reiser de mest krevende spørsmål. Det fremkommer av teknologiens virkefelt at noen tekniske innretninger vil operere i et grenseland med hva som er lov. Eksempelvis vil *RoomMate* muliggjøre overvåking av brukeren, og det må avklares om bruken av det bildealternativet som muliggjør sanntidsbilde av brukeren er godt nok hjemlet. Videre har GPS den funksjonen at den kan ringes til uten at brukeren aktivt trenger å svare på oppringingen. Dette muliggjør en avlytting av brukeren, og kan minne om overvåking som det ikke er lovmessig adgang til.

Videre vil utstrakt bruk av sensorteknologi kunne by på utfordringer. Det fremgår av rapportene at sensorteknologi i sin videste utstrekning kan muliggjøre et sanntidsbilde av brukeren.³⁰ Hver sensor må, isolert sett, antas hjemlet, men i tilfeller der sensorene virker sammen kan de potensielt generere omfattende informasjon om personens bevegelsesmønster. Det kan tenkes at sensorene *samlet* kan innhente informasjon som tilsvarer den man får ved å sette opp kamera eller mikrofoner hos personen.

Det må legges til grunn at de nevnte eksemplene er lovlige, siden de allerede er i bruk. Oppgaven vil drøfte om det i enkelte situasjoner er nødvendig å avgrense denne sirkelen av lovlig teknologi, begrunnet av at andre hensyn kommer inn i spill. Fokuset for oppgavens hoveddel vil være der vurderingene byr på tvil, og svaret ikke er klart. Før dette blir vurdert, må det redegjøres for hvilke hensyn, prinsipper og verdier som gjør denne problemstillingen spesiell.

²⁷ Ot.prp nr. 64 (2005-2006), punkt 4.6.5.5

²⁸ Prop. 90 L (2012-2013), punkt 7.2.3.2

²⁹ Ot.prp nr. 64 (2005-2006), punkt 4.6.5.5

³⁰ Velferdsteknologiens ABC, s. 28

6 DET SÆREGNE FOR DENNE PROBLEMSTILLING - HENSYN, PRINSIPPER OG VERDIER

6.1 Oversikt

Når teknologi blir brukt som helsehjelp til personer med demensdiagnose uten samtykkekompetanse, er det noen spesielle hensyn, prinsipper og verdier som gjør seg gjeldende. I det følgende kapittel skal disse redegjøres for, og dermed danne bakteppet for oppgavens hoveddel. Fremstillingen under starter med å undersøke hvordan tvang og inngrep fortoner seg noe annerledes der teknologi inngår som helsehjelp. Deretter løftes blikket til det verdimessige utgangspunktet som er selvbestemmelsesretten, herunder særskilt bevegelsesfrihet, retten til privatliv og hensynet til personvernet som bestanddeler av denne. Selvbestemmelsesretten står som motpol til paternalisme, som er en rettferdiggjøring av samfunnets inngripen i den enkeltes liv. Følgelig må paternalisme også gjøres kort rede for.

6.2 Nye typer inngrep

Et inngrep i tradisjonell forstand på helserettens område kan gjøre seg gjeldende i form av låste dører, doble håndtak, medisiner gjemt i maten eller vask mot pasientens vilje. Inngrep er ofte av fysisk art. De inneholder også ofte en eller annen form for integritetskrenkelse. Det er blant annet derfor de må hjemles i lov, og derfor at hjemmelskravet står sterkt.

Ved bruk av teknologi som helsehjelp forandrer den ytre framtoningen av inngrep seg noe. For det første er inngrepene ikke nødvendigvis av fysisk art. Et inngrep kan være å legge en GPS-enhet i lommen til 90 år gamle Ole som ofte går seg bort når han er på skogstur, eller å installere en komfyrvakt på kjøkkenet til 88 år gamle Åse som liker å lage mat, men som ofte glemmer å skru av kokeplatene etterpå.

Et annet trekk ved dette feltet er at personen inngrepet retter seg mot ikke nødvendigvis forstår hvordan den tekniske innretningen virker. Dette aspektet kan gjøre seg spesielt gjeldende for pasientgruppen demente, og således spesielt gjeldende ved bruk av teknologi. Manglende forståelse kan føre til at personen ukritisk godkjenner teknologien som helsehjelp, ved å ikke motsette seg denne, og dermed faller inn under § 4-6 a sitt virkefelt.

Følgelig er situasjonen slik at inngrepene har forandret ytre karakter, og kan tenkes å være noe mindre synlige, og de kommer noe mer subtilt inn i spill. Dette kan ha den konsekvens at personen inngrepet rettes mot, er i en noe mer utsatt posisjon for akkurat denne typen inngrep. Følgelig må det kreves mer av apparatet rundt for å ivareta rettsikkerheten til personen.

6.3 Ny type tvang

Dersom inngrepet skjer mot personens vilje står vi ovenfor tvang i tradisjonell betydning. Kollisjonen mellom to viljer er ofte tydelig. Tilsvarende som for inngrep kan også dette ytre

aspektet tenkes forandret når teknologi inngår som helsehjelp. Der tekniske innretninger inngår som helsehjelp kan krenkelsen av selvbestemmelsesretten være mer subtil. Ole på 90 år forstår at noen holder han fast og tvinger på han en vask, det oppleves svært *inngripende*, og tvangselementet er tydelig for alle involverte. Ole sin vilje til å yte mostand er kanskje ikke like aktuell når personalet trer et GPS-bånd rundt armen eller installerer en sensor i veggen. Likevel kan disse tiltakene like fullt krenke Oles selvbestemmelsesrett.

De ovennevnte poeng gjør denne oppgavens problemstilling krevende. Siden inngrepene og tvangsbruken blir av en annen karakter, må vurderingene av om tiltak og tvang er rettmessig også bli noe annerledes. Det vil være avgjørende å identifisere tydelig hvilke hensyn som er på hver side av vektskålen, og noen *nye hensyn* vil kunne gjøre seg gjeldende. Dette vil redegjøres mer for under punktene om personvern og privatliv.

6.4 Selvbestemmelsesrett (autonomi)

Selvbestemmelsesrett stammer fra det greske ordet autonomi, der *autos* betyr selv og *nomos* betyr norm. Utgangspunktet er at et menneske bestemmer over seg selv.

Selvbestemmelsesretten er det verdimeslige utgangspunktet innen helseretten, og bygger på et prinsipp om frivillighet. Et utslag av dette er kravet til gyldig samtykke fra pasienten for å kunne iverksette helsehjelp.³¹

Kravet til pasientens samtykke fremkommer i denne sammenheng av pbrl. § 4-1 og § 4A-1. Sistnevnte bestemmelse slår fast at helsehjelp så langt som mulig skal være i overenstemmelse med pasienten sin selvbestemmelsesrett. Dette er et sentralt prinsipp, også i tilfeller der man går mot pasientens vilje. Dette kommer blant annet til uttrykk i vilkårene i § 4A-5 om at der det er mulig skal det innhentes informasjon fra pasientens pårørende om hva vedkommende «ville ha ønsket».

Selvbestemmelsesretten står også sterkt der personen har mistet sin samtykkekompetanse. Dette fremgår av bestemmelsene i kapittel 4A og § 4-6 a, som fremhever at i vurderingen om helsehjelp skal iverksettes skal det legges vekt på om det er sannsynlig at vedkommende «ville gitt tillatelse til tiltaket». Følgelig er situasjonen at der personen ikke har samtykkekompetanse, skal det forsøkes å opptre i tråd med personens vilje.

Bevegelsesfrihet og retten til privatliv er aspekt ved selvbestemmelsesretten, og skal redegjøres for kort nedenfor. For å forstå selvbestemmelsesretten ytterligere, må motpolen presenteres, nemlig paternalisme. Disse to verdiene ligger i konstant spenn med hverandre.

³¹ Inger Hilde Nordhus, Arvid Skjerve & Henriette Sinding Aasen, 2006. Demens, samtykkekompetanse og rett til selvbestemmelse – utfordringer ved behandling og forskning. *Nordic Journal of Human Rights*, (04), pp.363, punkt A

6.5 Velferdspaternalisme

Norge er en velferdsstat, og i dette ligger en forventning om at samfunnet skal ta over store deler av omsorgen for mennesker som ikke lenger kan ta vare på seg selv. Denne verdien kan delvis være utledet av *paternalisme*. Begrepet betegner et maktforhold, og en rettferdiggjøring av dette. Paternalisme i oppgavens sammenheng vil referere seg til velferdspaternalisme, der aktørene er individet på den ene siden og velferdssamfunnet på den andre. Tatt ut i sin ytterste konsekvens kan paternalisme rettferdiggjøre at staten tar valg på vegne av individet, også mot individet sin vilje. Dette bygger på en tanke om at samfunnet vet best hva som er best for enkeltmennesket.³² Østenstad betegner paternalisme som at «hjelpemiddelet ønsker å gjennomføre tiltak med den motivasjon å verne eller beskytte den hjelpetrengende, uavhengig av hva vedkommende selv måtte mene».³³

Bak enhver handling som går mot pasientens egen vilje vil det ligge element av paternalisme som rettferdiggjøring av tvangen. Ut fra et paternalistisk ståsted vil den gode intensjon bak tvangen vekte tyngre enn personens motstand mot situasjonen. Dette er prinsipielt problematisk med tanke på den enkeltes autonomi og grunntanken om at et menneske er den eneste som hersker over seg selv. Det vil videre være problematisk i relasjon til den enkeltes bevegelsesfrihet, retten til privatliv og personvernet.

6.6 Særlig om hensynet til bevegelsesfrihet

Retten til å bevege seg fritt er et sentralt aspekt av selvbestemmelsesretten, og en grunnleggende frihet for mennesket. Begrensninger i bevegelsesfriheten vil kunne være en frihetsberøvelse. Bevegelsesfrihet er beskyttet i lovverket gjennom bestemmelser i Grunnloven, Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen (EMK) og Straffeloven som hindrer slik frihetsberøvelse.

Straffeloven § 223 (1) straffer med fengsel inntil 5 år for den som ulovlig berøver en annen frihet, eller medvirker til dette.³⁴ Videre slår EMK fast i artikkel 5 at: «*No one shall be deprived of his liberty*», unntatt på vise vilkår.³⁵ Det er ikke et totalforbud, men må rettferdiggjøres på nærmere angitte vilkår. Eksempelvis må frihetsberøvelsen ikke være «ulovlig» etter straffeloven § 223. Oppgaven vil ikke behandle vilkårene mer inngående.

³² Aslak Syse: *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete* (2. utg., Oslo: Ad Notam Gyldendal 1996), s. 35, punkt 1.3.4

³³ Østenstad, B.H., 2009. Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente : rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke, s. 96

³⁴ Lov 20. mai 2005, nr. 28

³⁵ Vedlegg til lov 9. mai 2014, nr 14

Å begrense bevegelsesfriheten ved tvang er svært inngripende for et menneske. Personer med demensdiagnose kan nok oppleve dette som særlig sterkt, da de i kraft av sykdommen sin ikke har forutsetning for å forstå hvorfor dører er låst og hvorfor man ikke kommer seg ut når man prøver.³⁶ Mange med demensdiagnose er ”vandrere”, og beveger seg mye rundt.³⁷ Å bli stoppet i bevegelsesbanen sin må trolig oppleves som svært frustrerende.

Eksempler på hindringer er for eksempel stengte eller låste dører, kodelås og fysisk hindring i form av personalet. Sistnevnte er spesielt relevant i relasjon til demente, som ganske fort kan bli avledet dersom noen prater til dem eller kommer med nye impulser for å avlede dem fra målet sitt. Avledning i form av personalet fremstår kanskje ikke så inngripende som en låst dør. Men det kan like fullt være en hindring. Det kan foreligge behov for å avhjelpe også disse hindringene ved hjelp av teknologi. I oppgavens hoveddel skal det drøftes om teknologien kan avhjelpe de nevnte situasjoner. Hensynet til bevegelsesfriheten vil trekkes inn i drøftingen av de sentrale vilkår i oppgavens hoveddel.

6.7 Særlig om retten til privatliv

Retten til vern av privatlivet er beskyttet i lovverket gjennom Grunnloven, EMK, Straffeloven (§ 390) og Personopplysningsloven.³⁸ Retten til privatliv er en del av menneskets rett til å bestemme over seg selv.

Grunnlovens § 102 slår fast at «*Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon*».³⁹ Ordlyden «*enhver*» tilsier at dette er en universell rettighet, som gjelder uansett alder og mentalstatus. Likelydende er artikkel 8 i EMK som beskytter retten til privatliv og familieliv for «*everyone*». Disse bestemmelsene ligger som et rettslig bakteppe for alle andre lover, og følgelig må pasient- og brukerrettighetsloven være i samsvar med Grunnloven og EMK.

Likevel legges det ikke ned noe absolutt forbud mot inngripen i retten til privatliv. Inngripen i denne rettigheten kan bli gjort på nærmere angitte vilkår i EMK artikkel 8, 2. ledd. Et eksempel på lovlig inngripen fremgår av EMD-praksis, jf. *Laskey, Jaggard og Brown mot Storbritannia*,⁴⁰ der staten rettmessig grep inn i borgernes privatliv for å beskytte deres helse. Dommen må forstås dithen at staten har noe handlingsrom der formålet er beskyttelsesverdig. Hvor langt dette handlingsrommet rekker vil ikke bli behandlet ytterligere. Norsk rett antas å være i tråd med EMK.

³⁶ Karlsen, M. (2013). Adgangen til å begrense bevegelsesfriheten til psykisk utviklingshemmede og senil demente. En sammenligning mellom pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, s. 11

³⁷ Lisbet Grut, Tone Øderud & Silje Bøthun, 2017. GPS som hjelpemiddel for personer med orientingsvansker. *Tidsskrift for omsorgsforskning*, (02), pp.127–136, s. 127, punkt 1

³⁸ Ragna Aarli, 2005. Vern av «privatlivets fred» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 118(04-05), pp.525–573, punkt 1

³⁹ Lov 17. mai 1814

⁴⁰ EMDs dom 19. februar 1997

Det holder i denne omgang å slå fast at privatlivet er beskyttet, men inngrep i rettigheten kan skje. For oppgavens problemstilling vil retten til privatliv komme inn som et hensyn i drøftingen av om inngrep er forholdsmessige, og om de følger minste inngreps prinsipp.

6.8 Personvern

Personvernetsbegrepet er relativt nytt, og ble introdusert i Norge på 1970-tallet.⁴¹ Det omhandler rettsregler om behandlingen av personlige opplysninger. Begrepet er relasjonsorientert på den måten at det handler om relasjonen mellom individ på den ene siden, og på den andre siden personer eller organisasjoner som behandler og bruker opplysninger om dette individet.

Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) har som formål å beskytte den enkelte borger mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger, jf. formålsbestemmelsen § 1. Videre skal loven bidra til at personopplysninger blir behandlet i samsvar med grunnleggende personvern hensyn, herunder behovet for personlig integritet, privatlivets fred og tilstrekkelig kvalitet på personopplysningene.

Opplysninger som varsling- og lokaliseringsteknologi generer, faller innenfor ordlyden personopplysninger, som i lovens § 2, 2.ledd defineres som «opplysninger og vurderinger som knyttes til en enkeltperson». Dette er klart oppfylt, da formålet med teknologien er at den knyttes opp mot en bestemt person. Videre vil bruk av denne teknologien falle innenfor ordlyden «behandling av personopplysninger» i § 2, 2.ledd som gjelder enhver «bruk» av slike opplysninger, som «innsamling, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering». Det er fra det ovenstående klart at ved bruk av varslings- og lokaliseringsteknologi genereres personopplysninger, og bruk av disse.

Hva som er sensitive personvernopplysninger fremgår av § 2, 8.ledd. Bestemmelsen regulerer opplysninger om eksempelvis politisk oppfatning, helseforhold og seksuelle forhold. Dersom opplysningene som genereres av varslings- og lokaliseringsteknologi er sensitive, kreves det særskilt hjemmel for behandlingen av disse etter både personopplysningsloven §§ 8 og 9.⁴²

Enkelte instanser framholdt i høringsuttalelsene at opplysningene som blir generert av GPS-en kan være sensitive fordi de opplyser om personens helsetilstand.⁴³ Helsedirektoratet har holdt frem at siden lokaliseringsteknologi er så nøyaktig, vil flere av de genererte opplysningene

⁴¹ Aarli, R., 2005. Vern av "privatlivets fred" *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 118(4-5), pp.525–573, punkt 2

⁴² Prop. 90 L (2012-2013), punkt 7.2.3.9

⁴³ Prop. 90 L (2010-2013), punkt 7.2.3.9

være sensitive. Når det er lett å spore hvor en personen går, kan man dermed lett få innblikk i privatanliggende. Departementet bestrider dette, og slår fast at som utgangspunkt vil opplysningene ikke være sensitive.⁴⁴ Fra høringsuttalelsene fremgår det at vurderingen er omdiskutert, og svaret neppe er helt klart.

Enkelte høringsinstanser fremholdt terskelen etter § 4-6 a som for lav. Både Datatilsynet og Helsedirektoratet synes «hindre eller begrense risiko for skade» er en lav terskel med tanke på hvilken informasjon teknologien genererer. Datatilsynet uttaler at tiltaket minst må være egnet til å hindre risikoen fra å manifestere seg, og at bruk av vilkåret ”begrense” blir å sette terskelen for lavt i så henseende.⁴⁵

Departementet på sin side fremholder at terskelen er tilstrekkelig, og at vilkårene setter en ramme som er forsvarlig.⁴⁶ Dette er ganske offensivt fra lovgiverside. I mangel på rettspraksis på området kan denne avveiningen også ses som et lite vink om hvordan lovgiver mener man skal vekte hensynene mot hverandre. I så fall ses en tendens til å vekte personvern ned i forhold til teknologibruk.

Datatilsynet har vært ganske høyt på banen for å støtte velferdsteknologi. Likevel fremheves det at noen av de tekniske innretningene kan være i strid med personvernet. Datatilsynet uttaler at en del av teknologien innebærer en form for overvåkning av personer gjennom GPS-sporing, helseovervåking og overvåking av atferdsmønster.⁴⁷ Derfor har Datatilsynet utarbeidet retningslinjer for teknologibruken, og eksempler på dette er å velge minst inngripende løsning, lagre lokalt, slette dataene etter hvert, la så få som mulig ha tilgang, og muliggjøre sanntidsbilde heller enn kontinuerlig sporing. Det er også en retningslinje at jo mer brukeren har medkontroll, desto mindre inngripende er teknologien i relasjon til personvernet. Et tankekors i denne sammenhengen er at personen *på grunn av sin* demensdiagnose kanskje ikke har ressurser til å ha medkontroll, og følgelig er denne gruppen særlig sårbar.

⁴⁴ Prop. 90 L (2012-2013), punkt 7.2.3.9

⁴⁵ Prop. 90 L (2012-2013), punkt 7.2.2.1

⁴⁶ Prop. 90 L (2012-2013), punkt 7.2.3.9

⁴⁷ Datatilsynet på sine hjemmesider

7 EN DRØFTING AV REGULERINGENE I PASIENT- OG BRUKERRETTIGHETSLOVEN KAPITTEL 4A OG § 4-6 a

7.1 Oversikt og juridiske problemstillinger

Oppgaven vil i det følgende redegjøre for grensen for bruk av den teknologien som faller innenfor regelsettene sitt virkefelt. På dette bakteppet kan det oppstilles følgende juridiske spørsmål og problemstillinger:

1. Hva ligger i forutsetningen om bortfalt samtykkekompetanse?
2. Hva utgjør «motstand» etter de to regelsettene?
3. Hvilken risiko må foreligge for at tiltakene skal iverksettes?
4. Hva er kravet til tiltakets innhold?

Oppgaven vil presentere en sammenlignende fremstilling og behandle vilkårene i regelsettene parallelt. Dette gjøres primært for å unngå dobbeltbehandling. Der bestemmelsene er forskjellige, vil dette fremgå.

7.2 Kort om samtykkekompetanse

Forutsetningen etter begge regelsettene er at personen har mistet sin samtykkekompetanse.

Hvem som har samtykkekompetanse reguleres av § 4-3. Dersom man ikke evner å samtykke på grunn av helsetilstand, kan samtykkekompetansen falle bort. Da er ikke ens eget samtykke lenger et vilkår for å motta helsehjelp etter pbrl. § 4-3, 2.ledd:

«Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter».

Lovens ordlyd er at samtykkekompetansen kan bortfalle «helt eller delvis». Videre angir «på grunn av» et årsakskrav, altså en årsakssammenheng mellom bortfalt samtykkekompetanse og (i oppgavens tilfelle) diagnosen «senil demens». Loven oppstiller et kategorisk krav, men det er likevel ingen automatikk i at en person mister sin samtykkekompetanse dersom vedkommende får en demensdiagnose. Det må foretas en individuell vurdering av hvert tilfelle. Mennesker med den samme demensdiagnose kan ha ulik samtykkekompetanse.⁴⁸

⁴⁸ Inger Hilde Nordhus, Arvid Skjerve & Henriette Sinding Aasen, 2006. Demens, samtykkekompetanse og rett til selvbestemmelse – utfordringer ved behandling og forskning. Nordic Journal of Human Rights, (04), pp.362–371, punkt C.

Når det gjelder å miste samtykkekompetansen «delvis», kan en person ha samtykkekompetanse i noen spørsmål, men ikke i andre, og samtykkekompetansen kan også variere gjennom dagen. Dette spiller inn på den individuelle vurderingen som må foretas i hvert tilfelle. Dersom et lovlig samtykke kan oppnås, er det ikke hjemmel for å gi helsehjelp etter kapittel 4A eller § 4-6 a.⁴⁹

7.3 Hva utgjør motstand etter de to regelsettene?

7.3.1 Regelsettene sitt motstandskriterium

Et moment som skiller regelsettene fra hverandre er om pasienten yter «motstand» mot tiltaket, eller ikke. § 4-6 a gjelder der pasienten ikke yter motstand, og kapittel § 4A gjelder motstandstilfellene. Det fremkommer av forarbeidene at § 4A4 er ment som en sikkerhetsventil der kommunen synes det er vanskelig å avgjøre om motstand foreligger eller ikke.⁵⁰ Følgelig må det klargjøres hva denne motstanden er, og hva den består av. I redegjørelsen for hva «motstand» er etter § 4-6, vises det til forarbeidene til kapittel 4A.⁵¹ Det må etter dette sluttes at det er det samme motstandsbegrepet som legges til grunn i begge regelsett.

7.3.2 Hva er motstand

Østenstad presiserer at motstand er at offeret ikke ønsker tiltaket gjennomført og setter seg mot realiseringen av dette.⁵² Motstand forutsetter derfor et negativt standpunkt. Det å være lite samarbeidsvillig er ikke det samme som å yte motstand. Følgelig må det også tas hensyn til pasientens evne til å vise motstand, og man må bruke et konkret skjønn. Skepsis eller liten samarbeidsvilje kan være en konsekvens av vedkommende sin helsetilstand, enten fysisk, mentalt eller begge deler.

Motstand er uttrykk for konflikt mellom to viljer.⁵³ Innenfor motstandsbegrepet faller også ventet (antesipert) motstand.⁵⁴ Ordlyden i 4A-3 likestiller uttrykt motstand med den situasjonen der helsepersonell regner med at det er «stor sannsynlighet» for at personen opprettholder sin motstand. Det er følgelig en skjønnsmessig vurdering som forutsetter at personalet kjenner pasienten.

⁴⁹ Embrå, J. & UiT Norges arktiske universitet, 2013. "Vilkår for å gi helsehjelp til en person med demens når personen motsetter seg helsehjelpen" - en analyse av pasient - og brukerrettighetsloven §§ 4A-3 og 4A-5, s. 10

⁵⁰ Prop. 90 L, punkt 7.3.1

⁵¹ Prop. 90 L, punkt 7.3.3

⁵² Østenstad, B.H., 2011. Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente : rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke, s. 163

⁵³ Østenstad, B.H., 2011. Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente : rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke, s. 164

⁵⁴ Ot.prp nr. 64 (2005-2006), punkt 8

Motstanden må foreligge på det tidspunkt tiltaket iverksettes. Etterfølgende aksept fratar ikke handlingen karakter av å være tvang.⁵⁵ Bruk av manipulering er tidvis praktisk i helseomsorgen, også ovenfor demente. Manipulering kan være faglig akseptert som virkemiddel i ytelsen av helsehjelp. Et eksempel er snikmedisinering, som å eksempelvis blande tabletter inn i maten til pasienten. Det vil likevel være tvangsbruk, fordi pasienten fratas sin anledning til å gjøre motstand.

7.3.3 Hvordan kommer motstanden til uttrykk?

Av forarbeidene fremkommer det at motstandens uttrykksform ikke er avgjørende. Følgelig kan pasientens motstand komme til uttrykk verbalt eller fysisk.⁵⁶ Det er tenkelig at fravær av reaksjon kan være motstand som ikke kommer til uttrykk. Et ytre uttrykk er likevel nødvendig. Dersom uttrykket ikke er verbalt, men en reaksjon, må denne tolkes av personer med god kjennskap til pasienten, for å slå fast om motstand foreligger eller ikke.⁵⁷ For eksempel kan mimikk være tegn på motstand, men da forutsettes det at man kjenner personen slik at man kan tolke ansiktsuttrykket. Dersom man er usikker må man legge til grunn at motstand foreligger.⁵⁸

Aslak Syse presiserer hva som ligger i det å motsette seg, og skriver at pasient eller bruker må minst *avfinne* seg med at teknologien anvendes.⁵⁹ Følgelig kan det slutes at dersom pasienten avfinner seg med situasjonen, foreligger det ikke motstand. Pasienten står altså ovenfor valget å avfinne seg med, eller motsette seg hjelpen. Det kritiske spørsmålet blir hva personen bygger dette valget på. Dette bringer oss over i neste spørsmål.

7.3.4 Hva er «motstand» i en situasjon der personen har en demensdiagnose?

Spørsmålet er om det i lovens ordlyd må innfortolkes et krav om at motstanden skal være informert. Forarbeidene er ikke utførlige på dette punkt, men fremholder at motstand er et krevende avgrenskingskriterium for personer med kognitiv svikt.⁶⁰ Følgelig må spørsmålet vurderes basert på reelle hensyn og betraktninger fra juridisk teori.

Det ligger i karakteren av det å miste sin samtykkekompetanse at omverdenen ikke kan forvente at personen har konsekvensinnsikt i egen situasjon. Da går det mot lovens system å kreve at det må være en bevisst tanke bak motstanden. Den aktuelle motstanden rettes jo mot

⁵⁵ Østenstad, B.H., 2011. Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente : rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke, s. 166-167

⁵⁶ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006), punkt 4.6.4.3

⁵⁷ Østenstad, B.H., 2011. Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente : rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke, s. 165

⁵⁸ Prop. 90 L, punkt 7.3.3

⁵⁹ Aslak Syse, 2016. Tvungent psykisk helsevern – enkelte kommentarer. Kritisk juss, (04), pp.278–300, punkt 4

⁶⁰ Prop. 90 L (2012-2013), punkt 7.3.3

situasjonen som man har fratatt personen sin kompetanse til å samtykke til. Siden vi her er på et område der pasienten ikke er samtykkekompetent, må det legges til grunn at motstanden ikke må være informert.

Det som gjør motstandskriteriet vanskelig å praktisere i relasjon til personer med demens, er at man ikke vet hvilken forståelse personen bygger sin eventuelle motstand på. Det kan tenkes at personen yter motstand *eller* godtar situasjonen, men at valget i begge situasjoner er tett forbundet med diagnosen, og det faktum at vedkommende ikke forstår konsekvensene av valget. Dette er et potensielt rettssikkerhetsproblem.

7.4 I hvilken situasjon kan tiltakene iverksettes?

7.4.1 Skade og helseskade

Ordlyden i § 4-6 a åpner for teknologibruk der denne kan hindre eller begrense risiko for «skade». Ordlyden i § 4A-3, tredje ledd bokstav a er at en unnlattelse av å gi helsehjelpen kan føre til «vesentlig helseskade». Ordlyden i begge bestemmelsene gjelder «skade» eller «helseskade» for pasienten, og en kan ikke yte helsehjelp på grunn av fare for noen andre enn pasienten. Ordlyden «skade» er bred, og må tolkes til å innbefatte psykisk og fysisk skade. Samme forståelse fremgår av en naturlig språklig forståelse av ordet «helseskade». Følgelig er ordene sammenfallende i innhold.

Hovedforskjellen mellom bestemmelsene på dette punkt er at det i tvangskapittelet 4A er krav om en kvalifisert skade, da ordlyden er «vesentlig helseskade». Tilsvarende «kvalifisering» er det ikke etter § 4-6 a. Ordlyden «vesentlig» angir en viss terskel. I følge forarbeidene må pasienten risikere å få en helseskade av betydelig omfang eller med andre alvorlige konsekvenser.⁶¹ I forarbeidene trekkes det frem som eksempel at unnlattelse av vask, stell og barbering ikke vil føre til en vesentlig helseskade, og kan dermed ikke tvinges gjennom der personen motsetter seg hjelpen. Annerledes stiller det seg der pasienten trenger tannbehandling eller behandling for andre smertefulle tilstander. Da kan unnlattelse føre til vesentlig helseskade.

Når det gjelder teknologi kan en komfyrvakt varsle og forhindre brann, og dermed hindre vesentlig helseskade i form av fysisk skade, røykforgiftning eller død som følge av brannen. En fallalarm vil kunne varsle personalet om at personen har falt, og dermed hindre en vesentlig helseskade som følge av at hun blir liggende med benbrudd.

§ 4-6 a har ikke tilsvarende terskel. Her er det nok at tiltaket hindrer eller begrenser en «skade», eller risiko for denne. Dette må forstås som en lavere terskel, som harmonerer med

⁶¹ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006), punkt 8

at pasienten ikke motsetter seg tiltaket, og følgelig foreligger det ingen krenkelse av selvbestemmelsesretten. § 4-6 a kan dermed favne bredere. Dette vil oppgaven komme tilbake til i den videre fremstilling og konklusjon.

7.4.2 «Hindre eller begrense risiko for skade» vs. «Hindre vesentlig helseskade»

Teknologi som helsehjelp er rettmessig dersom tiltaket er «nødvendig for å hindre eller begrense risiko for skade» etter § 4-6 a, og «hindre vesentlig helseskade», jf. § 4A-1 (formålsbestemmelsen). Hovedforskjellen mellom tersklene etter lovens ordlyd er at i § 4-6 a hindres eller begrenses en *risiko*, mens etter tvangskapittelet er det den vesentlige *helseskaden* som må hindres. Likevel er det også etter kapittel 4A langt på vei tale om å reagere på en risiko, jf. ordlyden «unnlattelse av helsehjelp *kan* føre til vesentlig helseskade». Følgelig har en noe større rom til å reagere på risiko etter § 4-6 a enn etter kapittel 4A, men skillet er ikke så praktisk, og problematiseres ikke ytterligere.

Etter § 4-6 a er «hindre» og «begrense» alternative vilkår, så det holder at teknologien begrenser en risiko for at bestemmelsen får rettsvirkning. Ikke enhver risiko er aktuell. Det må foreligge noen objektive grunner for å oppfylle vilkåret, slik som at personen tidligere har gått i nærheten av utrygge områder.⁶² Den forholdsvis lave terskelen etter § 4-6 a må forstås i konteksten at motstand ikke foreligger, så det foreligger heller ikke en krenking av selvbestemmelsesretten.

Hvordan kan så de tekniske innretningene hindre eller begrense skade, eller risiko for skade? Fallalarmen kan tjene som eksempel. Den registrerer fallet når det skjer, og vil trolig sørge for at hjelpen kommer til snarlig. Den kan dermed hindre og begrense den risiko for skade det utgjør å bli liggende, både fysisk i en vond posisjon, og psykisk. Derfor er den rettmessig etter § 4-6 a. Videre må det vurderes om den har hjemmel etter kapittel 4A. Fallalarmen kan ikke hindre selve fallet, men ettervirkningene av det. Ved hjelp av alarmen vil personalet eller pårørende komme til, og hindre ytterligere skader som følge av fallet.

GPS er et illustrativt eksempel på teknologi som både hindrer og begrenser risiko for skade og vesentlig helseskade. Ved hjelp av GPS-enheten kan personalet eller pårørende rykke ut for å finne bortkomne personer, eller reagere når personen går i nærheten av utrygge områder. Da kan hjelpen komme til *før* en skade har materialisert seg. Eksempler er forfrysningsskader eller påkjørsel. GPS-en vil derfor kunne hindre og begrense skader, både «vesentlige» og mindre alvorlige.

⁶² Prop. 90 L, punkt 7.2.3.4

7.5 Hvilke krav stilles til tiltakets innhold?

7.5.1 Oversikt

Videre må det redegjøres for hvilke krav som stilles til tiltakene etter de to bestemmelsene. Følgelig vil oppgaven undersøke de krav regelsettene stiller til nødvendighet, minste inngreps prinsipp og forholdsmessighet, og hva som ligger i denne typen krav.

7.5.2 Tiltaket må være nødvendig

I § 4-6 a er det slått fast at helsehjelpen må være «nødvendig» for å hindre eller begrense risiko for skade. Hva som ligger i vilkåret er ikke utdypet særlig i forarbeidene, men det vises til forholdsmessighetsvurderingen og minste inngreps prinsipp.⁶³ Vilkårene går langt på vei hånd i hånd.

Etter § 4A-3 må helsehjelpen være «nødvendig». I følge forarbeidene skal hva som er nødvendig avgjøres ut fra forsvarlig medisinsk skjønn.⁶⁴ Som utgangspunkt kreves det mindre enn det som er tilfellet for akutt hjelp, der kravet etter helsepersonelloven § 7 er «påtrengende nødvendig»⁶⁵. Nødvendighets-vurderingen knytter seg opp mot formålsbestemmelsen i § 4A-1, altså å hindre en vesentlig helseskade.

Etter nødvendighetsvilkåret blir vurderingen om tekniske innretninger er «nødvendig» for å henholdsvis hindre eller begrense en skade eller risiko for skade. I denne vurderingen må det tas stilling til om det foreligger andre alternativer enn teknologien, og om disse utgjør en bedre løsning. Hva den beste løsningen vil være, vil også bero på minste inngreps prinsipp og en forholdsmessighetsvurdering. Her fremgår det tydelig hvordan nødvendighetsvilkåret er tett knyttet til de andre vilkårene.

7.5.3 Minste inngreps prinsipp

7.5.3.1 Prinsippet til uttrykk i bestemmelsene

Minste inngreps prinsipp går ut på at man skal velge det minst inngripende tiltaket mulig for å oppnå målet med tiltaket. Følgelig skal man ikke anvende mer inngripende tiltak enn nødvendig.⁶⁶ Dette gjøres for å ivareta pasientens autonomi, og for å gripe minst mulig inn i vedkommende sin personsfære. Dette er et generelt prinsipp på helserettens område, og er særlig relevant for de situasjoner der samfunnet griper inn i en persons liv.

Prinsippet kommer til uttrykk i § 4-6 a, der det i den rettslige vurderingen skal legges vekt på om tiltaket «fremstår som det minst inngripende alternativet». Det må altså vurderes hva som

⁶³ Prop. 90 L (2012-2013), punkt 7.2

⁶⁴ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006), punkt 8

⁶⁵ Lov 2. juli 1999 nr. 64, Lov om helsepersonell

⁶⁶ <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/966/967/971>

fra et ytre ståsted, en tilmålt objektiv grunn, fremstår som minst inngripende for personen. Når det gjelder kapittel 4A kan ikke minste inngreps prinsipp leses direkte fra lovteksten. Prinsippet ligger til grunn for all tvangsbruk i helsesektoren.⁶⁷ Dette er forenlig med tanken om at tvangsbruk aldri skal gå lenger enn den må, og opphøre dersom det ikke er behov for den lenger, jf. ordlyden i § 4A-4, fjerde ledd.

7.5.3.2 Teknologi som minst eller mest inngripende løsning- i relasjon til personvern og privatliv

Vi kan tenke oss følgende situasjon: Karsten er 75 år, og fått nylig diagnostisert en demensdiagnose. Han er en sprek mann som liker å gå tur. Den siste tiden har han ved noen anledninger gått seg vill eller vært ute så lenge at pårørende er blitt bekymret. De opplever Karsten som noe svingende i klarhet og vil at han skal bruke GPS når han er ute. Karsten hadde også en episode der han snublet i teppet, og ble liggende en stund på gulvet. Derfor vil pårørende ha fallalarm installert i stuen og på soverommet.

Det er ingen tvil om at ovennevnte situasjon reiser en rekke problemstillinger rundt hensyn til privatliv og personvern. GPS-en generer opplysninger om Karsten, noen av disse kan også være sensitive. Fallalarmen *RoomMate* muliggjør direkte overføring til Karstens leilighet. Det er faktisk og teknisk mulig å overvåke livet hans i leiligheten. Ut fra en slik betraktning vil teknologien virke noe inngripende. Da blir spørsmålet om alternativene utgjør mindre inngripende løsninger.

Dersom Karsten *ikke* hadde hatt GPS-alarmen og *RoomMate*, hadde han kanskje vært underlagt tre faste tilsyn for dagen av hjemmetjenesten. Dette kan trolig være like inngripende som den helsehjelpen teknologien muliggjør. Fysiske tilsyn risikerer å forstyrre Karstens søvn, og besøk av kjæreste eller venner. Teknologibruken muliggjør at helsepersonell eller pårørende kan «sjekke innom» uten fysiske tilsyn.

Teknologien kan fremstå som minste inngreps prinsipp, men aktualiserer altså noen nye problemstillinger, henholdsvis opp mot personvernet og privatlivet. Å slå fast hva som er minst eller mest inngripende er ikke opplagt, og vil også bero på en forholdsmessighetsvurdering som oppgaven vil redegjøre for under punkt 7.5.4.

Et annet eksempel på situasjoner der teknologi kan tenkes å være mindre inngripende enn alternativet, er der lakensensorer varsler personalet om at pasienten er i ferd med å få liggesår, eller at det må skiftes på sengetøy. I et slikt tilfelle vil sensoren være et alternativ til at

⁶⁷ Prop. 147 L (2015-2016), punkt 5.4

personalet fysisk sjekker, og sensorene kan derfor hindre uønsket forstyrrelse av søvn og hvile for pasienten.

7.5.3.3 Teknologi som minst eller mest inngripende løsning- i relasjon til bevegelsesfrihet og tvang

Kjersti er en 80 år gammel, relativt sprek dame som bor på institusjon for personer med demens. Hun liker å gå turer, og er ofte så kjapp ut døren at personalet ikke alltid får det med seg. Derfor må ofte ansatte Ole følge ekstra med på henne. Dersom Kjersti vil ut på tur sent om kvelden eller rett før et måltid, prøver Ole å hindre dette. Kjersti synes situasjonen er frustrerende. Hun får tilbud om trygghetsalarm med innebygget GPS, og godtar denne. Nå kan Ole vite hvor hun er, og bare følge etter dersom det virker som at Kjersti har gått seg vill, eller går mot hovedveien.

Det fremstår klart av eksempelet ovenfor at teknologien muliggjør en større bevegelsesbane for Kjersti, og i dette perspektiv kan teknologien bedre ivareta bevegelsesfriheten hennes. Ole slipper å fysisk stille seg i veien, avlede henne eller låse dørene. Det er følgelig noe *tvangsbefriende* ved teknologibruken. Av eksempelet fremgår det at teknologien utgjør et mer skånsomt alternativ til tvang, og følgelig være den minst inngripende løsningen.

Fra det øvrige kan det slutes at teknologi som helsehjelp kan utgjøre det minst inngripende tiltaket, sett opp mot andre alternativ. Utgangspunktet må videre nyanseres noe. Det kan for det første tenkes at teknologien blir brukt som et ressurssparende tiltak. Dersom Kjersti er veldig urolig og «vandrер» mye, kan det fremstå mer lettvtint for Ole å følge med på Kjersti via en skjerm, enn å sette seg ned med henne og roe henne ned. Det fremgår av forarbeidene at teknologien ikke skal erstatte menneskelig kontakt, men supplere og effektivisere denne.⁶⁸ Hvordan dette skal følges opp og kontrolleres, fremstår ikke helt klart. I et tids- og ressurspresset helsevesen er det sannsynlig at teknologien vil brukes som ren erstatning for menneskelig arbeidskraft.

En ytterligere nyansering av utgangspunktet er spørsmålet om det ligger et element av ansvarsfraskrivelse i økt teknologibruk. Formålet med teknologien er at den skal «passe på» og trygge situasjonen. En tenkelig konsekvens av dette er at personalet eller pårørende passer litt mindre på. Det vil ofte ikke være forsvarlig å la personer som er omfattet av reglene i kapittel 4A å ferdes alene, selv utstyrt med teknologi, som det også fremheves i forarbeidene.⁶⁹ Teknologien kan ikke beskytte mot påkjørsel, skade eller dødsfall. Et krav til forsvarlighet må derfor supplere minste inngreps prinsipp.

⁶⁸ Prop. 90 L (2012-2013), punkt 7.2.3.1

⁶⁹ Prop. 90 L (2012-2013), punkt 7.3.3

Følgelig blir det sentralt at vurderingen om teknologien utgjør et minste inngreps prinsipp ikke blir en vurdering av hva som koster minst ressurser og penger. Det sentrale må være å ivareta personens rett til minst inngripende tiltak, men samtidig ikke la teknologi bli direkte substitutt for menneskelig omsorg i de tilfeller der fysisk omsorg er det som best ivaretar situasjonen.

7.5.4 Kravet til forholdsmessighet

7.5.4.1 *Kravet formulert etter regelsettene*

Kravet til forholdsmessighet er kravet om at det er en viss proporsjonalitet mellom mål og middel. Dette fremgår direkte av ordlyden i begge bestemmelsene. Etter § 4-6 a legges det opp til en proporsjonalitetsvurdering, jf. «tiltaket står i rimelig forhold til den aktuelle risikoen». Forholdsmessighet er etter 4A-3 c formulert som at «tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen». Etter begge bestemmelsene skal mål og middel vektes mot hverandre. Middelet er tiltaket. Målet er formulert noe forskjellig i bestemmelsene, og dette skal det nå redegjøres for.

7.5.4.2 § 4-6 a: *«I rimelig forhold til den aktuelle risikoen»*

Etter § 4-6 a skal tiltaket stå i et rimelig forhold til den aktuelle risiko. Dette krever en viss kvalifisering av den aktuelle risikoen. En liten risiko kan etter dette ikke bli møtt med et tiltak som medfører omfattende eller uheldige konsekvenser. Vilkåret kan utdypes ytterligere ved hjelp av et eksempel.

La oss returnere til Karsten, 75-åringen i punkt 7.5.3.2. Forutsetningene for eksempelet endres noe; Karsten har kun falt en gang, ellers fremstår han som «klar», og i stand til å klare seg selv. Familien er bekymret etter det ene fallet og vil ha *RoomMate* installert i leiligheten. Karsten synes det er OK, og motsetter seg ikke dette. Spørsmålet er om risikoen for fall er omfattende nok til å rettferdiggjøre teknologien. På den ene siden av vektskålen er informasjonen som genereres om Karsten, på den andre siden er risikoen man kan avverge ved hjelp av fallsensoren. Vurderingen blir skjønnsmessig, og svaret er ikke opplagt.

For at et slikt tiltak skal være forholdsmessig, må retningslinjene til Datatilsynet følges nøye. Personalet og pårørende må strengt følge reglene om at færrest mulig har tilgang til informasjonen, dataene slettes etter hvert, og at det ikke åpnes for kontinuerlig observasjon. Dette vil kunne gjøre tiltaket mer forholdsmessig sett opp mot den begrensede risikoen for fall. Dersom det er en noe slepphendt håndtering av informasjonen som teknologien genererer, vil en liten eller moderat risiko trolig ikke kunne rettferdiggjøre inngrepet.

Etter § 4-6 a knyttes vurderingen opp til en risiko som enten kan hindres eller begrenses, jf. punkt 7.4.2. Det skal ikke så mye til for å konstatere at en fallalarm kan «begrense» en risiko,

for det vil den kunne gjøre uavhengig av om Karsten viser stor falltendens eller ikke. Dette ble problematisert av enkelte høringsinstanser i forarbeidene. Terskelen § 4-6 a ble betegnet som for lav med tanke på informasjonen som ble generert.⁷⁰ Selve formålet med teknologien er å trygge situasjonen, og vil følgelig etter sitt virkefelt falle innenfor «begrense» risiko i de fleste tilfeller. Følgelig blir forholdsmessighetsvurderingen viktig for å trekke en grense mot tiltak som genererer mye informasjon som respons på et beskjedent risikobilde.

7.5.4.3 § 4A-3 c: «I forhold til behovet for helsehjelp»

Forholdsmessighetsvurderingen etter kapittel 4A er formulert noe annerledes, og etter disse bestemmelsene må tiltaket være proporsjonalt med pasientens behov for helsehjelp. Der behovet for hjelp er stort, vil mer omfattende teknologi være forholdsmessig. Der behovet for hjelp er mindre, vil ikke like mye teknologi bli ansett forholdsmessig. Det er følgelig pasientens behov for hjelp som er ankeret i vurderingen. For at det skal være lovlig adgang til å gå mot pasientens vilje, må teknologien imøtekomme hjelpebehovet på en forholdsmessig og forsvarlig måte.

Vurderingen av forholdsmessigheten skal også være en fortløpende vurdering.⁷¹ Det fremgår av forarbeidene at helsepersonellet kontinuerlig skal vurdere hvor godt helsehjelpen virker og hvor formålstjenlig den er. Denne plikten følger også av forsvarlighetskravet i helsepersonelloven. Dersom helsehjelpen ikke lenger er *nødvendig* skal den straks ta slutt, for da vil den ikke lenger være *forholdsmessig*. Vilkårene er tett knyttet sammen.

Vi kan returnere til eksempelet med Kjersti i punkt 7.5.3.3 og forandre forutsetningene noe. Kjersti er glad i å gå turer og ofte kjapp ut dørene, uten at personalet får det med seg. Hun går seg ofte vill, og en gang fikk hun forfrysningsskade som følge av å være ute flere timer. Hun motsetter seg GPS, for hun vil ikke at «alle» skal se hvor hun går. Kjersti liker å rusle i byen, hun går innom Vinmonopolet og tippekiosken, av og til innom en kjæreste. Hun vil ikke at hverken familien eller helsepersonell skal vite hvor hun er til enhver tid.

Spørsmålet i situasjonen er om Kjersti sitt behov for hjelp er så stort at det rettferdiggjør tiltaket om å utstyre henne med GPS. På den ene siden ligger det prekære behovet for at hun ikke skal gå seg vill, skade seg og i verste fall dø. På den andre siden står de negative konsekvensene av teknologibruken, herunder tilgjengeliggjøring av opplysninger, potensielt sensitive opplysninger,⁷² om Kjerstis privatliv.

⁷⁰ Prop. 90 L (2012-2013), punkt 7.2.2.1

⁷¹ Ot.prp. nr. 64, punkt 8

⁷² Diskusjonene rundt hva som var sensitive opplysninger i Prop. 90 L (2012-2013), punkt 7.2.2.2

Det er tunge lodd i begge skåler. Likevel er loddet med liv og helse det som veier tyngst i en slik forholdsmessighetsvurdering. Dersom behovet for hjelp blir stort nok, vil det meste anses forholdsmessig. I en situasjon der det er en reell sjanse for at man avverge skade, vil dette langt på vei rettferdiggjøre tiltak som utfordrer personvernet. Det er i forholdsmessighetsvurderingen det fremgår tydelig hvordan og hvorfor personvern og privatliv ikke står så sterkt på dette området. Det er tunge lodd som trekker i motsatt retning, som å beskytte liv og helse.

7.6 Funn og delkonklusjon

Dette ovennevnte poeng setter særlig eldre med demens i en utsatt posisjon. Som nevnt ovenfor i punkt 7.5.4.2 vil en mer slepphendt behandling av personvernsopplysninger i en situasjon der risikobildet er beskjedent, trolig føre til at tiltaket *ikke* anses forholdsmessig. Der man står ovenfor et mer omfattende behov for helsehjelp, vil trolig mer inngripende tiltak aksepteres. Dette setter pasientene som faller inn under kapittel 4A i en utsatt posisjon for denne typen av inngrep. Det kan tenkes at desto mer behov for hjelp man har, desto mer personvernsopplysninger anses det forholdsmessig å avgi.

Likevel må det ovennevnte nyanseres ytterligere av det poeng at teknologien ofte ikke er mer inngripende enn alternativene som foreligger. Der tekniske innretninger erstatter fysiske tilsyn, vil det ikke være opplagt hvilket av alternativene som utfordrer personens privatliv mest. Det kan tenkes å være like inngripende å ha en ansatt følgende etter seg som det å ha en GPS-enhet rundt armen i eksempelet med Kjersti. På samme måte kan det være like forstyrrende for Karstens privatliv at ansatte sjekker innom han fysisk, som at en sensor registrerer bevegelsene hans.

Av drøftelsene ovenfor fremgår det at vurderingen av om tiltak er nødvendig, følger minste inngreps prinsipp og er forholdsmessige, er mest krevende i tilfellene det er tale om lokaliseringsteknologi. Vurderingen om varslingsteknologi byr på mindre tvil. Et eksempel er den elektroniske medisineringsstøtten, som ikke genererer noen informasjon om brukeren annet enn at vedkommende ikke har tatt medisinen til et gitt tidspunkt. Fra pilotprosjektene er funnene at man unngår tvang ved medisineringsstøtte, og unngår feilmedisineringsstøtte.⁷³ Feilmedisineringsstøtte kan medføre uheldige konsekvenser og potensielt skade for pasienten. Trolig vil en slik medisineringsstøtte være forholdsmessig etter begge regelsett.

8. RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER OG AVSLUTTENDE REFLEKSJONER

⁷³ Andre gevinstrealiseringsrapport, s. 10

Oppgavens rettslige problemstilling var å drøfte adgangen til bruk av varslings- og lokaliseringsteknologi som helsehjelp etter de to regelsettene. Av diskusjonen i oppgavens hoveddel fremgår det at vurderingene av teknologien tidvis bunner ned i en forholdsmessighetsvurdering. Vurderingene er mest krevende når det gjelder lokaliseringsteknologi. Varslingsteknologi er juridisk sett ikke så problematisk.

Når det gjelder hjemmelen § 4-6 a åpner denne bredt opp for at teknologi kan tas i bruk når den hindrer eller begrenser skade, eller risiko for skade. Enkelte tekniske innretninger muliggjør en omfattende observasjon av brukeren. Videre er motstandskriteriet problematisk å slå presist fast for en person med demens. Det er tenkelig at flere avfinner seg med teknologien fordi de ikke i tilstrekkelig grad forstår konsekvensene av teknologien. Sett i lys av disse momenter er terskelen etter § 4-6 a for lav. Oppgaven slutter seg her til de betraktninger som kom fra enkelte høringsinstansene i lovens forarbeider.⁷⁴

Når det gjelder teknologiadgang etter kapittel 4A, må en rekke vilkår være oppfylt for at teknologien skal være hjemlet. Følgelig er det en viss terskel for å ta i bruk teknologi. Likevel fremgår det av oppgaven at det i en forholdsmessighetsvurdering ofte vil være avgjørende om den tekniske innretningen er egnet for å hindre en helseskade. De tekniske innretningene vil i de fleste tilfeller være svært egnet til nettopp dette. Da vil ofte hensyn på motsatt side av vektskålen, slik som personvernet og privatlivet, vektas ned til fordel for hva man oppnår ved bruk av teknologien.

Som det fremgår av vektingen, står retten til et privatliv og personvernet relativt svakt på dette området. Dette reiser spørsmål om hvordan eldre personer med demensdiagnose sitt privatliv og personvern skal ivaretas tilstrekkelig. Det er et tankekors dersom disse rettighetene skal avta med personens alder, eller som konsekvens av personens diagnose. Dette kan utgjøre et rettssikkerhetsproblem for eldre mennesker.

Som det fremkommer av drøftelsene i oppgaven stilles det strenge krav til personalet og pårørende sin mestring av teknologien og til ansvarsfølelse rundt personvern for at implementeringen skal fungere. Bruken av varslings- og lokaliseringsteknologi vil avhenge av en pliktfølelse hos mottakerne av informasjonen, for at hensynene skal ivaretas tilstrekkelig. Det vil trolig oppstå en rekke etiske og juridiske problemstillinger i den daglige bruken av de tekniske innretningene.

Det er fremholdt i forarbeidene at teknologien ikke skal erstatte menneskelig omsorg. Dette stemmer kanskje bare delvis. Teknologisatsingen kommer på et tidspunkt der det utdannes for

⁷⁴ Prop. 90 L (2012-2013), punkt 7.2.2.1

lite helsepersonell i Norge.⁷⁵ Sett opp mot omsorgsbehovet og teknologiens bruksområde, vil teknologien trolig erstatte fysisk omsorg på noen områder. Dette bør kommuniseres åpent. Likevel må det synes klart at det kan være positivt å erstatte deler av omsorgen med teknologi. Dette gjelder særlig for personer med demensdiagnose som ikke er så hardt rammet. For flere av disse kan det være positivt å la teknologi erstatte fysiske tilsyn, og at livet kan fortsette noenlunde som før.

Gjennom oppgaven har det blitt tydeliggjort hvor vanskelig det kan være å vurdere om det foreligger *motstand* mot teknologien, og hva denne motstanden eventuelt bygger på. Tilsvarende kan det at en person avfinner seg med teknologi uten tilstrekkelig konsekvensinnsikt, by på tilsvarende tvil. I begge tilfeller er tvilen rundt personens valg knyttet opp til demensdiagnosen. Oppgaven vil derfor slutte seg til ideen om forhåndssamtykke til teknologibruk, som ble fremholdt i forarbeidene.⁷⁶ På samme måte som mange nordmenn går rundt med et Organdonor-kort i lommeboken, kunne også terskelen for forhåndssamtykke til teknologi blitt gjort lavere. For eksempel kunne det blitt obligatorisk for fastlegene å spørre etter forhåndssamtykke på vanlig konsultasjon med pasienter som hadde fylt 70 år.

Enkelte tekniske innretninger kan tenkes å utfordre personvernet, og bruken av disse krever etterfølgelse av Datatilsynets retningslinjer for å være rettmessige. En del teknologi muliggjør overvåking og kontinuerlig observasjon. For de tilfellene der dette er realiteten, bør det kommuniseres åpent. Realitetene bak de tekniske innretningene bør komme tydelig frem, og aktørene bør være åpne om de positive og negative konsekvensene. Dette legger et godt grunnlag for å ta stilling og reflektere friere rundt spørsmålet som vi alle må stille oss på et tidspunkt: *Hva vil jeg skal gjelde for meg den dagen jeg blir gammel?*

⁷⁵ <https://forskning.no/helsetjeneste-helseadministrasjon-arbeid-skole-og-utdanning-velferdsstat/2009/03/stort-behov>

⁷⁶ Fremhevet av Statens seniorråd, Prop. 90 L, punkt 7.2.2.1

LITTERATURLISTE

Lover

Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) – Lov 17.mai 1814

Lov om helsepersonell m.v (Helsepersonelloven) – Lov 2.juli 1999 nr. 64

Lov om pasient- og brukerrettigheter (Pasient- og brukerrettighetsloven) - Lov 2.juli 1999 nr. 63

Lov om straff (Straffeloven) - Lov 20.mai 2005 nr. 28

Konvensjoner

EMK – Den europeiske menneskerettskonvensjon. Inkorporert som lov 21.mai 1999 nr. 30 som Lov om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Forarbeider

Odeltingsproposisjoner – Ot.prp:

Ot.prp. 64 (2005-2006)

Stortingsproposisjoner:

Prop. 90 L (2012-2013)

Prop. 147 L (2015-2016)

Utredninger

Norges offentlige utredninger:

NOU 2011: Innovasjon i omsorg.

Rettspraksis

Avgjørelser fra Høyesterett:

Sårstell-dommen RT-2010-612

Avgjørelser fra Den Europeiske Menneskerettsdomstolen (EMD):

Laskey, Jaggard og Brown mot Storbritannia - EMDs dom 19.februar 1997

Litteratur

Embrå, Julie: Vilkår for å gi helsehjelp til en person med demens som motsetter seg helsehjelpen. Masteroppgave, Universitetet i Tromsø (2013).

Karlsen, Marte Ruvang: Adgangen til å begrense bevegelsesfriheten til psykisk utviklingshemmede og senil demente.

Masteroppgave, Universitetet i Bergen (2013).

Syse, Aslak: Rettssikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmede. 2.utgave. Oslo: Ad Notam Gyldendal (1996).

Østenstad, Bjørn Henning: Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemmede og aldersdemente: Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke. Doktorgradsavhandling, Universitetet i Bergen (2009).

Artikler i tidsskrift

Aarli, Ragna, 2005: «Vern av privatlivets fred», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 118 (04/05), s. 525 flg.

Grut, Lisbet, Øderud, Tone, Bøthun, Silje, 2017: «GPS som hjelpemiddel for personer med orienteringsvansker», *Tidsskrift for omsorgsforskning*, 2.utgave, s. 127 flg.

Syse, Aslak og Nilstun, Tore, 1997: «Ulike regler – lik lovforståelse? Om tvangsregulering og verdikonflikter i nordisk psykiatri», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, s. 837 flg.

Østenstad, Bjørn Henning, 2014: «Sårstelldommen (Rt.2010 s. 612)- prejudikat for kva?», *Lov og Rett*, 53(8), s. 484 flg.

Kilder fra internett

Syse, Aslak, 2016: «Tvungent psykisk helsevern- enkelte kommentarer», *Kritisk juss*, 2016 (04).

Sist besøkt 28.05.2018

https://www.idunn.no/kritisk_juss/2016/04/tvungent_psykisk_helsevern_enkelte_kommentarer

Strand, Bjørn Heine, Tambs, Kristian, Engedal, Knut, Bjertness, Espen, Selbæk, Geir, Rosness, Tor Atle, 2014: «Hvor mange har demens i Norge?», *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 2014 (03)

Sist besøkt 28.05.18

<https://tidsskriftet.no/2014/02/kommentar-og-debatt/hvor-mange-har-demens-i-norge>

Nordhus, Inger Hilde Nordhus, Skjerve, Arvid, Sinding Aasen, Henriette, 2006: «Demens, samtykkekompetanse og rett til selvbestemmelse- utfordringer ved behandling og forskning», *Nordic Journal of Human Rights*, 2006 (04).

Sist besøkt 28.05.18

https://www.idunn.no/ntmr/2006/04/demens_samtykkekompetanse_og_rett_til_selvbestemmelse_utfordringer_ved_b

Isaksen, Jørn, Paulsen, Kaia B., Skarli, Jim, Stokke, Randi, Melby, Line, 2017: «Hvilken nytte har hjemmeboende med hjelpebehov av velferdsteknologi», *Tidsskrift for omsorgsforskning*, 2017 (02).

Sist besøkt 28.05.18

https://www.idunn.no/tidsskrift_for_omsorgsforskning/2017/02/hvilken_nytte_har_hjemmeboende_med_hjelpebehov_av_velferdst

Jusinfo: Link til beskrivelse av minste inngreps prinsipp.

Sist besøkt 28.05.18

<http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/966/967/971>

Forskning.no: Link til artikkel skrevet av Hong Pham. «Stort behov for helsepersonell». 26.03.2009.

Sist besøkt 28.05.18

<https://forskning.no/helsetjeneste-helseadministrasjon-arbeid-skole-og-utdanning-velferdsstat/2009/03/stort-behov>

Helsedirektoratet: «Andre gevinstrealiseringsrapport med anbefalinger. Nasjonalt velferdsteknologiprogram».

Sist besøkt 28.05.18

<https://helsedirektoratet.no/Lists/Publikasjoner/Attachments/1277/Andre%20gevinstrealiseringsrapport%20-%20Nasjonalt%20velferdsteknologiprogram.pdf>

Helsedirektoratet: «Velferdsteknologiens ABC»

Sist besøkt 28.05.28

<https://helsedirektoratet.no/Lists/Publikasjoner/Attachments/1245/IS-0604%20Emne%20A%20Introduksjon%20til%20tjenesteinnovasjon%20og%20velferdsteknologi.pdf>

SINTEF: «Trygge Spor- GPS-løsning og tilhørende støttesystemer for personer med demens. Innovasjonsprosjekt i offentlig sektor».

Sist besøkt 28.05.18

https://www.sintef.no/globalassets/project/velferdsteknologi/trygge-spor/trygge-spor-rapport_enklesider_lav-oppløsning.pdf

Store norske leksikon: Link til Store norske leksikons omtale av demens. Forfatter Knut Engedal, sist oppdatert 6.mars 2018.

Sist besøkt 28.05.18

<https://sml.snl.no/demens>

Telenor: Oversikt over produkter og tjenester.

Sist besøkt 28.05.18

<http://www.telenorobjects.com/velferdsteknologi/>

RoomMate: Oversikt over produkter.

Sist besøkt 28.05.18

<https://www.roommate.no/produkter/>

Datatilsynet: Link til Datatilsynet om velferdsteknologi.

Sist besøkt 28.05.18

<https://www.datatilsynet.no/samfunnsomrader/forskning-helse-og-velferd/velferdsteknologi/>

Dagens Næringsliv: *«Høie om helseteknologi: - Kan være varmere enn de varme hendene»*

Sist besøkt: 28.05.18

<https://www.dn.no/nyheter/2018/05/30/1201/Helse/hoie-om-helseteknologi-kan-vaere-varmere-enn-varme-hender>